II.
Ueber das particuläre Gewohnheitsrecht.

Von
Herrn Dr. **Guyet,**
Geh. Justizrath in Jena.

Die Lehre vom Gewohnheitsrechte ist in neuerer Zeit so vielfach und von so verschiedenen Gesichtspuncten aus erörtert, und so vieler Scharfsinn dabei entwickelt worden, daß es gegenwärtig im Allgemeinen kaum mehr möglich ist, bedeutende neue Entdeckungen auf diesem Felde zu machen, und man vielmehr nur zwischen den verschiedenen Ansichten zu wählen haben wird, welche sich zumal über Wesen und Grund des Gewohnheitsrechtes gebildet haben. Es fällt daher dem Verfasser nicht ein, hierüber, sowie über die Erforderniße, den Beweis und die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes, überhaupt neue Mittheilungen machen zu wollen,[1]) vielmehr setzt er die hierüber geltend gemachten verschiednen Ansichten als bekannt voraus. Allein ein Punct in der Lehre vom Gewohnheitsrecht ist bis jetzt gänzlich vernachlässigt geblieben, ja man könnte sagen, daß er absichtlich bei Seite gesetzt worden, und doch ist er so wichtig, daß er für das praktische Gewohnheitsrecht sogar von der überwiegendsten Bedeutung ist, wir meinen die Lehre von dem particulären Gewohnheitsrechte.[2]) Zwar geht man unstreitig zu

---

1) Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei es nur kurz gesagt, daß der Verf. nicht die bekannte Puchta'sche Theorie, sondern die s. g. gemeine, neuerdings von Sintenis pract. gemein. Civilrecht Bd. I. S. 20. ff. vortrefflich dargestellte Theorie für die allein richtige ansieht.

2) Schon vor längerer Zeit schrieb der Verf. zu einem besonderen Zwecke ein kleines Programm: de more regionis, welches er nicht in den Buchhandel gab, und dessen Inhalt mit vielen Bereicherungen und namentlich praktischen Erfahrungen, welche der Verf. seitdem zu machen Gelegen-

weit, wenn man für unsere heutigen Rechtsverhältnisse die Existenz oder wenigstens die neue Entstehung allgemeiner Rechtsgewohnheiten gänzlich läugnen wollte, welche auch für das Privatrecht noch immer vorkommen, z. B. in neuester Zeit in der Lehre von den Lebens- und Feuerversicherungsgeschäften und besonders in der Lehre von den Associationen oder s. g. Genossenschaften. Allein je mehr durch die gegenwärtigen Staatsverhältnisse und durch die unendliche Verfeinerung unseres ganzen Lebens eine wahrhaft allgemeine Manifestation des Volkswillens erschwert ist, und je seltner es dazu kommen wird, daß die Gesammtheit unseres Volkes ihre Meinung über einen Rechtspunct auszusprechen Anlaß habe, desto wichtiger wird das particuläre Gewohnheitsrecht. Niemand wird bezweifeln, daß neue rechtliche Verhältnisse sich bei uns bilden, oder daß an schon eingeführten Rechtsverhältnissen neue Seiten und Richtungen, in Gemäßheit der fortschreitenden Volksentwickelung hervortreten, welche früher unbeachtet waren; hierdurch entstehen neue rechtliche Bedürfnisse, und zwar nur in einem einzelnen, größeren oder kleineren, jedenfalls aber beschränkten Kreise; die Gesetzgebung wird auf das neu entstandene rechtliche Bedürfniß nicht sofort aufmerksam, oder, wenn sie es auch würde, überläßt sie zweckmäßig dessen Befriedigung der inneren Entwickelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses selbst, und es bildet sich nun in jenem Kreise durch Gewohnheit ein entsprechender Rechtssatz, eine nur für denselben bestimmte, nur in ihm gültige, folglich eine particuläre Gewohnheit. Dies ist die Geschichte der Entstehung unserer meisten Gewohnheitsrechtssätze, sie wiederholt sich täglich, und es möchten sogar

---

heit hatte, hier veröffentlicht wird. Es erfuhr die ganz unverdiente Ehre einer Recension in Richter's kritischen Jahrbüchern Bd. III. S. 568, 569, woselbst der Recensent sich über den von dem Verf. ausgesprochnen Vorwurf der Vernachlässigung dieser Materie erzürnte, und sich auf Puchta Gewohnheitsrecht Thl. I. S. 76 berief, wo gerade 40 Zeilen von einigen bezüglichen Quellen handeln!!

manche, nachher allgemein angenommene Rechtsgewohnheiten ursprünglich nur auf diese Weise entstanden sein.[3]) — Die überwiegende praktische Wichtigkeit des particulären Gewohnheitsrechts kann hiernach nicht bezweifelt werden. Wenn daher der Verf. mit Nachstehendem versucht, die zerstreut liegenden Aussprüche der römischen und canonischen Rechtsquellen über diese vernachlässigte[4]) Lehre geordnet darzustellen, und daran einige weitere Betrachtungen über die Bedeutung des particulären Gewohnheitsrechtes zu knüpfen, so hofft er dadurch nicht ganz Unnützes gethan zu haben.

Vor Allem bedarf es der Verständigung über den Begriff, der mit dem Ausdrucke particuläres Gewohnheitsrecht verbunden sein soll. Man könnte dabei an solches Gewohnheitsrecht denken, welches sich in gewissen Classen des Volkes bildet, mögen sie nun auf Standesunterschied beruhen, z. B. Gewohnheiten des Adels oder des Bauernstandes, oder mag der Beruf die Classe bestimmen,

---

3) Auch hierin stimmt der Verf. mit Sintenis (a. a. O. Note 3) wesentlich überein; über die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgewohnheiten s. auch Savigny System d. heutigen röm. Rechts, Bd. I. S. 76 ff. S. 153. S. auch Beispiele allgemeiner Gewohnheiten der neueren Zeit bei Brinkmann, das Gewohnheitsrecht im gem. Civilrechte und Civilprocesse, 1847, S. 19.

4) Aus der älteren Zeit ist hauptsächlich Averanii interpretat. juris L. V. c. 6. Ausg. von Lyon 1751, T. II. p. 185—188 unter den Bearbeitern unserer Lehre zu nennen, der jedoch nur bei Gelegenheit der L. 50. §. 3. D. de legat. I. (30) Einiges darüber vorbringt. Aus der neueren Zeit finden sich über das particuläre Gewohnheitsrecht nur zerstreute und vereinzelte Bemerkungen bei Puchta a. a. O. S. 148, 149, Savigny a. a. O. und S. 143, sowie Bd. VIII. S. 82, 83, 253. Selbst Gesterding, Ausbeute von Rechtserforschungen, Bd. V. Abth. II. Abhandl. IV., der das. §. 7 S. 124 zu genauerem Eingehen aufgefordert sein müßte, schlüpft mit ein paar Worten darüber hinweg. Die Reichsgesetze enthalten über unseren Gegenstand nichts Specielles. Auch manche Gerichtsordnungen, welche dahin einschlagen, z. B. die Ordnung des Hofgerichts zu Rottweil v. 1564 Th. I. Tit. 3. Hofgerichtsordnung des Erzstifts Mainz v. 1558 (1572) Tit. 9. bestätigen nur im Allgemeinen das „Herkommen“ ohne weiter zu unterscheiden.

z. B. Gewohnheiten des Handelsstandes, der Bergleute rc. Indessen würde es unrichtig sein, die nachfolgend zu entwickelnden Grundsätze auf derartige Gewohnheiten anzuwenden; sie sind vielmehr allgemeine des ganzen Staates oder Volkes, denn sie gelten innerhalb des ganzen Umfangs des betreffenden Staates für alle Angehörige der in Frage stehenden Volksclasse, und müssen daher von allen Staatsmitgliedern als gültige Rechtsnormen angesehen werden, insofern es sich um die einschlagenden Rechtsverhältnisse handelt.[5] Vielmehr ist der Begriff der particulären Rechtsgewohnheit stets nur in localer Bedeutung aufzufassen, und es wird bei den Römern dafür fast immer, offenbar technisch, die Benennung mos regionis gebraucht, welcher Ausdruck sehr bezeichnend ist. Daneben wird von mos provinciae gesprochen[6] und von mores locorum,[7] während das canonische Recht bald ebenfalls von consuetudo regionis,[8] bald nicht technisch von diversorum locorum diversi mores redet;[9] indessen zeigen alle diese und ähnliche Ausdrücke, daß man nur an solche Gewohnheitsrechte dachte, welche in bestimmten, örtlich abgegränzten Theilen des Staates gelten. In dieser Bedeutung soll auch hier der Ausdruck particuläres Gewohnheitsrecht verstanden werden; es würde ein anderer für ihn gewählt worden sein, wenn die deutsche Sprache einen passenderen darböte, denn er entspricht allerdings dem römischen mos regionis in seiner scharf bezeichnenden Kürze nicht völlig, allein wir haben nun einmal keinen bessern, indem Ausdrücke, wie Ortsgewohnheit und

---

5) Puchta a. a. O. S. 149, während Savigny System Bd. I. S. 81. hierüber nicht scharf genug unterscheidet. Doch kann natürlich eine solche Standesgewohnheit auch eine particuläre sein, wenn sie nur innerhalb eines gewissen Districtes von dem Stande beobachtet wird, was z. B. bei vielen Gewohnheiten der Bauern der Fall ist.

6) L. 7. §. 10. D. de administr. et peric. tutor. (26, 7.)

7) L. 2. Cod. quemadm. testam. aperiantur. (6, 32.)

8) Cap. 9. X. de sepulturis. (3, 28.)

9) Distinct. XII. can. 12.

dergleichen viel zu speciell sind. Uebrigens ist zum Verständniß von mos regionis zu bemerken, daß das Wort regio in den Quellen häufig vorkömmt. Es bedeutet stets einen durch äußere Gränzen bestimmt von dem übrigen Ganzen abgeschiedenen Theil (der Erde), und bildet daher den Gegensatz des Staates, einer Provinz, oder selbst eines einzelnen Gutes (fundus), insofern dieser Theil in gewisse Gränzen eingeschlossen ist.[10]) Bisweilen wird unter regio eine ganze Provinz verstanden, allein nicht als politische Abtheilung des Staates und als gesonderter administrativer Organismus, sondern als geographische oder auch ethnographische Abtheilung;[11]) mitunter wird ein größerer Landstrich, ein ganzes Land als regio bezeichnet.[12]) Technisch wurden regiones auch die Quartiere benannt, in welche zuerst Augustus die Stadt Rom eintheilte, und deren jedes in mehrere vici zerfiel, unter einem magister als Vorsteher;[13]) diese Eintheilung wurde später nach dem großen Brande durch Nero beibehalten und genauer wiederholt.[14]) Die particuläre Rechtsgewohnheit in dem hier angewendeten Sinn, mos regionis, ist nach diesem Allem die in einem gewissen, physisch abgegränzten Theile des Landes oder Staates, oder einer Provinz desselben, oder in einem gewissen Landstrich oder endlich in einem einzelnen District oder Ort unter den Bewohnern desselben beobachtete und dadurch rechtsgültig gewordene Gewohnheit; sie bildet folglich den Gegensatz der im ganzen Lande oder Staate, von allen Bewohnern desselben oder doch von einer gewissen Classe desselben allge-

---

10) L. 8. pr. D. de adquir. rer. dominio (41. 1.] L. 1. Cod. finium regundor. (3. 39.)

11) Cicero pro Flacco. c. 12. L. 51. D. de admin. et peric. tutorum. (26. 7.)

12) Cicero de natura deor. I. c. 10. pro Sextio c. 30.

13) Sueton. Octavian. c. 30.

14) Taciti annal. L. XV. c. 40. L. 3. D. de offic. praef. vigil. (1. 15). Diese Eintheilung galt auch in Constantinopel, Nov. 43. c. 1. §. 1. —

mein befolgten Rechtsgewohnheit, welche tacito consensu omnium Gültigkeit erlangt hat.[15])

Daß dieses particuläre Gewohnheitsrecht im Allgemeinen die nämlichen Erfordernisse hat, wie jede eigentliche Gewohnheit überhaupt, versteht sich von selbst. Es soll daher hier die Frage[16]) nach der Zahl der dazu erforderlichen Handlungen, deren nothwendiger Gleichförmigkeit, die Zeit, binnen der sie vorgekommen sein müssen, der ihnen zu Grunde liegenden s. g. opinio juris und endlich nach der nöthigen Vernunftmäßigkeit übergangen, und nur hinsichtlich des letzten Punctes[17]) bemerkt werden, daß er bei dem particulären Gewohnheitsrechte, welches stets das Einzelne im Recht zum Gegenstand hat, und sich nach dem individuellen Bedürfnisse der betreffenden regio, also nach der concreten Zweckmäßigkeit richtet, nicht leicht zur Anwendung kommen wird. Als besondere (oder doch besonders hervorgehobene) Erfordernisse des particulären Gewöhnheitsrechts kommen dagegen nur folgende vor:

1) Mit vorzüglicher Bestimmtheit wird zur Wirksamkeit einer particulären Rechtsgewohnheit gefordert, daß sie bewiesener Maaßen wirklich schon längere Zeit hindurch in diesem Districte beobachtet worden sei. Dies kömmt namentlich bei der Frage nach dem Recht auf fließendes Wasser vor, welches zwischen den verschiedenen Grundstücksbesitzern zur Bewässerung vertheilt werden soll; hier wird die Existenz des Rechtes auf einen solchen Bewässerungsantheil nach dem Vorhandensein der Ersitzung, und zwar der unvordenklichen Zeit beurtheilt, die Quantität des jedem Berechtigten zukommenden Wassers hingegen auf die alte Befugniß (vetere licentia) gegründet, insofern diese Gewohnheit bis jetzt fortgedauert hat.[18]) Ebenso soll bei Streitigkeiten über die zum

15) L. 32. §. 1. D. de legibus (1. 3.).

16) Sintenis a. a. O. S. 40 ff.

17) L. 2. Cod. quae sit longa cons. (8. 53.) Nov. 134. c. 1. c. 1. i. f. cap. 11. X. de consuetud. (1. 4.) CCC. art. 218.

18) L. 7. Theod. C. de aquaeductu (15. 2.).

Wegebau zu leistenden Beiträge der Richter ganz besonders die schon von Alters hergebrachte Gewohnheit (morem priscum) zur Grundlage seiner Entscheidung machen.[19]) Es erscheint auch in der That ganz natürlich, daß man auf die längere Beobachtung eines mos regionis besonderes Gewicht legte, denn er gilt neben dem allgemeinen Rechte, bildet also eine Ausnahme von demselben, ist ein neues, singuläres Recht, und muß daher nicht nur überhaupt in aller Hinsicht auf das vollständigste dargethan sein, sondern der Richter, welcher den Vorwurf des Leichtsinns vermeiden will, kann ihn nur dann als ein gültiges Recht ansehen, wenn bewiesen wird, daß er in dem fraglichen Districte oder Orte schon von lange her gegolten und dadurch Rechtsbeständigkeit erlangt hat. Wie lange Zeit dazu nöthig sei, konnte aber hier so wenig als bei dem allgemeinen Gewohnheitsrechte gesetzlich bestimmt werden, sondern muß von dem Richter in jedem einzelnen Fall nach dessen concreter Beschaffenheit erwogen und beurtheilt werden.

2) Es wird ferner verlangt, daß das particuläre Gewohnheitsrecht in dem ganzen Districte, für welchen es rechtsverbindliche Kraft haben soll, auf gleichmäßige Art beobachtet worden sein muß.[20]) Fehlt es hieran, so ist die Gewohnheit gar nicht für vorhanden anzusehen, oder wenn sie nur hinsichtlich der Größe einer gewissen, übrigens an sich durch diese Gewohnheit auferlegten Leistung schwankt, so soll nur der geringste Satz für gewohnheitsrechtlich bestehend angesehen werden.

3) Vorzüglich wichtig erscheint in den römischen Quellen das Erforderniß, daß der mos regionis der allgemeinen Rechtsvorschrift nicht zuwiderlaufen soll, widrigenfalls er für gänzlich ungültig und wirkungslos erklärt wird. Die allgemeine Rechtsvorschrift wird hierbei mehrfach als lex bezeichnet, und man könnte versucht sein, dabei nur

19) L. 2. Theod. C. de itinere muniendo (15. 3.).
20) L. 34. D. de regul. juris (50. 17.)

an die eigentlich so zu benennenden Rechtsquellen, also die Volksgesetze der verschiedenen Arten, die Senatusconsulte und die kaiserlichen Constitutionen zu denken, oder man könnte sogar[21]) nach Analogie der bekannten Regel, daß Festsetzungen der Einzelnen an denjenigen Rechtsgrundsätzen nichts abzuändern vermögen, welche im öffentlichen Interesse erlassen sind, auf den Gedanken kommen, dem particulären Gewohnheitsrechte bloß derartigen „Gesetzen" gegenüber die Kraft abzusprechen. Beides würde jedoch unrichtig sein. Zunächst war nämlich das hier zu betrachtende Erforderniß des particulären Gewohnheitsrechts im Verhältniß zu allen Arten der „Gesetze" nöthig, wenn nicht die äußerste Zersplitterung des Rechtes, ja die Aufhebung alles allgemeinen Rechtes durch solche, sich in den einzelnen Districten des Staates bildende locale Gewohnheiten entstehen sollte. Dazu würde es namentlich in dem colossalen römischen Reiche bei der großen nationalen, geographischen u. s. w. Verschiedenheit seiner einzelnen Provinzen und ihrer Abtheilungen sehr schnell gekommen sein. Dies widersprach aber dem Geiste der römischen Rechtsbildung und namentlich Justinian's bekannten Ansichten allzusehr, und es war daher, während man der allgemeinen Rechtsgewohnheit stets den Vorzug vor dem älteren Gesetze beilegte, schlechterdings nothwendig, für die particuläre das Gegentheil auszusprechen. Dabei konnte man aber unmöglich die Unterscheidung zwischen Gesetzen machen, die im öffentlichen Interesse erlassen waren, und solchen, bei welchen dies nicht stattfand, zumal da diese Unterscheidung sich im Leben selbst nur selten greifbar herausstellen läßt. Die Römer sahen es ohnehin als sich von selbstverstehend an, daß die particuläre Gewohnheit dem Interesse des Staates nicht zu widerlaufen dürfe.[22]) Allein aus glei-

21) L. 38. D. de pactis (2. 14.). L. 27. L. 45. §. 1. D. de reg. juris (50. 17.) s. auch Savigny System I. S. 153, der Obiges anzunehmen scheint; s. aber Puchta Gewohnh. Bd. II. S. 208.

22) L. 1. Theod. C. de longa consuet. (5. 12.). Savigny System Bd. I. S. 420, 421.

chem Grunde muß man die hier gebrauchten Ausdrücke lex und legitimum nicht auf die eigentlich und technisch so zu benennenden Gattungen der Rechtsquellen beschränken, sondern jeden irgendwie gültig entstandenen allgemeinen Rechtssatz darunter verstehen, obwohl natürlich in der späteren Kaiserzeit hauptsächlich dabei an das Recht der Constitutionen gedacht wurde. Aus dieser Ursache stehen wir auch nicht an, zu behaupten, ungeachtet wir es nicht durch specielle römische Quellen zu belegen vermögen, daß die particuläre Rechtsgewohnheit, um gültig zu sein, eben so wenig einer gehörig bestehenden allgemeinen Gewohnheit zuwiderlaufen darf. Demzufolge beschränkt sich das Gebiet der particulären Gewohnheit auf diejenigen Rechtsverhältnisse, für welche es an einer allgemeinen Rechtsvorschrift mangelt, und es kann ihr nicht zustehen, Ausnahmen gegen das allgemeine Recht zu begründen; sie ist nur als consuetudo praeter legem gültig. Dieses wichtigste Erforderniß des mos regionis wird übrigens in den Quellen, wie begreiflich, nicht principiell aufgestellt, kömmt aber in mehrfacher Anwendung, und zwar immer in gleichmäßiger Weise vor. So wird es anerkannt bei der Frage, ob die Excusation[23]) eines zum Decurio Ernannten, daß er nicht der Stadt angehöre, nach der väterlichen oder mütterlichen Abstammung zu beurtheilen sei; ebenso sollen die Durchgangssteuern für den Getreidetransport (zur Verproviantirung der Hauptstadt) nicht durch eine, dem Gesetz widerstreitende Provincialgewohnheit festgesetzt werden können;[24]) endlich und wiederholt wird ausgesprochen, daß die Größe der Zinsen, wenn nichts darüber festgesetzt, sich nach der rechtlichen Gewohnheit der Gegend richten soll, dabei aber durchaus nicht dem allgemeinen Zinsrechte widerstreiten dürfe.[25]) Zwar hat

---

23) L. 101. Theod. C. de decurionibus (12. 1.).

24) L. 9. Cod. de annonis (10. 16.), entlehnt aus L. 22. Theod. C. de annona (11. 1.)

25) L. 1. pr. D. de usuris (22. 1.). L. 10. §. 3. D. mandati (17. 1.).

man in neuerer Zeit von manchen der hier angeführten Quellen und einigen anderen, in welchen von mos regionis die Rede ist, geglaubt, daß sie gar nicht von einem durch particuläre Gewohnheit entstandenen Rechtssatz sprechen, sondern von einer bloß thatsächlichen Gewohnheit, oder wie Puchta es nennt, von „einer Consuetudo im natürlichen Sinne", also von solchen factischen Einrichtungen, wie sie gerade in der betreffenden Gegend üblich sind.[26]) Allein es ist nicht wohl einzusehen, was mit dieser Argumentation erreicht werden soll.[27]) Es ist nämlich in allen diesen Stellen (zufolge der Ansicht ihrer Urheber und nach ihrer Aufnahme in das Justinianeische Rechtsbuch) dem Richter bestimmt zur Pflicht gemacht, die fraglichen Verhältnisse nach der in jenen Districten geltenden Gewohnheit zu beurtheilen, sie hat dadurch den Character einer Rechtsnorm erhalten, ohne etwa gesetzgeberisch sanctionirt worden zu sein, es wird vielmehr überhaupt anerkannt, daß eine solche dem allgemeinen Recht nicht widerstreitende particuläre Gewohnheit eine juristische Entscheidungsquelle sei, und sie ist folglich nicht bloß ein thatsächliches Verhältniß — was freilich jede Gewohnheit in ihrer äußeren Erscheinung ist, weil sie nur durch die mehrfachen gleichmäßigen Handlungen der Einzelnen besteht und erkannt zu werden vermag! — sondern eine wirkliche, vom Staat anerkannte Rechtsvorschrift. Nur darf man dabei nicht etwa an eine bewußte Autonomie denken wollen, welche der particulären Gewohnheit niemals zu Grunde liegt, indem auch bei Stadt= oder Dorfgewohnheiten nicht die politische Corporation der Stadt- oder Dorf-

---

L. 7. §. 10. D. de admin. et peric. tutor. (26. 7.). Mabai von der Mora, S. 359.

26) Puchta, Gewohnheitsrecht I. S. 76—78. Richter, krit. Jahrb. in Note 2) angef. Savigny, System I. S. 422. IV. S. 82, 83, 253. Ganz vorzüglich soll dies auch von L. 6. D. de evictionibus (21. 2.) gelten.

27) Ebenso denkt Mühlenbruch, Pandektenrecht, Bd. I. §. 38. Note 13.

gemeinde als solche, sondern die, durch gemeinsames Bedürfniß zur Bildung des Gewohnheitsrechtes veranlaßte Einwohnerschaft der Factor ist.[28])

Zu den Quellen für das bisher betrachtete dritte und wichtigste Erforderniß des mos regionis zählt der Verf. auch eine beinahe berüchtigt gewordene Constitution:[29])

Imp. Constantinus A. ad Proculum.

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Dat. 7. Kal. Maji, Constantino PP. A. V. et Licinio Conss.

Die Constitution gehört dem Jahre 319 an, wie das Consulat angiebt,[30]) und ist auch so in den besseren Ausgaben bezeichnet. Es dürfte nicht viele Stellen des Justinianeischen Rechtsbuches geben, welche so großes Bedenken erregt und so divergirende Auslegungen hervorgerufen haben, als diese, und man kann allerdings nicht leugnen, daß die offenbare Abgerissenheit des uns mitgetheilten Excerpts und die seltsame Sprache desselben wohl geeignet sind, Beides zu erzeugen. Natürlich kamen diejenigen am kürzesten weg, welche in Constantin's Rescript einfach den bestimmten Ausspruch fanden, daß jede dem Gesetze widerstreitende Gewohnheit ohne allen weiteren Unterschied ungültig sei,[31]) und sich für diese Aufhebung der früheren entgegenstehenden Ansicht auf den inzwischen erfolgten Sieg des monarchischen Princips im römischen Staate beriefen.[32]) Indessen hat diese

28) Puchta, Vorlesungen über d. röm. Recht, Bd. I. S. 24, 25. Dessen Gewohnh. II. p. 209.

29) L. 2. Cod. quae sit longa consuetudo (8. 53.). Varianten giebt es nicht darin, und schon die Ausgabe von Anton Koberger, Nürnb. 1488, hat obigen Text.

30) Reland, facti consulares, p. 304. Aus der L. 2. C. sind Dist. XI. c. 4. und cap. 11. X. de consuetud. (1. 4.) in schlechter Wiederholung hervorgegangen und hier gleichgültig.

31) So schon die Glosse zu L. 2. C. nach Placentinus, s. auch dessen Summa in Cod. h. t.

32) Connani comment. jur. civilis. T. I. lib. I. cap. 10. Schö-

Meinung mit Recht keinen Beifall gefunden, da so viele Stellen der Quellen vor und nach der L. 2. C. — welche hier anzuführen überflüssig wäre — der derogirenden (allgemeinen) Gewohnheit die Kraft beilegen, in der That das entgegenstehende Gesetz zu beseitigen, was auch, hingesehen auf das Verhältniß der Staatsregierung zum Volke, als der beiden großen Urheber des Rechts durch Gesetzgebung und Gewohnheit, gar nicht anders sein konnte. Es gehen daher alle anderen Ansichten dahin, die anscheinende Antinomie durch richtige Bestimmungen des Sinnes unserer Constitution zu beseitigen, und schon in der Accursischen Glosse finden sich nicht weniger als sechs solcher Versuche, von welchen freilich einige ganz abentheuerlich sind. Hier sollen nur ganz kurz die wichtigsten Meinungen angegeben werden.

a) Einige verstehen L. 2. C. von einer Gewohnheit, die noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat, indem sie dazu meistens Bestätigung durch die gesetzgebende Gewalt erfordern.[33])

b) Andre behaupten, daß hiernach Gesetz und Gewohnheit ganz gleiche Kraft haben, und keines dem Andern vorgehe.[34])

c) Man glaubt, daß die Constitution über den Vorrang zwischen Gesetz und Gewohnheit an sich nicht entscheide, sondern nur verfüge, daß, wenn beide in der Anwendung auf den vorliegenden einzelnen Fall miteinander in Collision gerathen, dem Gesetz der Vorzug gebühre.[35])

---

man, Handbuch des Civilrechts, Thl. I. S. 56 ff. Klötzer, Gewohnheitsrecht. §. 25. ff. S. 89 ff.

33) Cujacii, paratitl. ad Cod. l. c. Ant. Faber, rational. ad L. 32. Dig. de legibus. I. 3.

34) Duareni, disputat. anniversar. cap. 32. und Comment. ad Dig. Lib. I. t. 3. cap. 12. Nr. IV.

35) Gesterding, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. III. S. 277 ff., abgedruckt in seiner Ausbeute, Bd. V. Thl. II. S. 149 ff. Jäger, in der Zeitschrift f. Civilrecht und Civilproceß, Bd. IX. S. 430 ff. Diese Ansicht möchte wohl die allerseltsamste unter den mitgetheilten sein.

d) Es soll nur der älteren Gewohnheit hier die Fähigkeit abgesprochen werden, ein jüngeres Gesetz aufzuheben.[36])

e) Wenn das Gesetz bereits außer Gebrauch gekommen, und das Gegentheil Gewohnheit geworden ist, soll letztere gültig sein; solange aber das Gesetz noch in lebendiger Uebung ist, kann ihm eine entgegenstehende Gewohnheit keinen Abbruch thun.[37])

f) Constantin will sagen, daß die Gewohnheit als solche, d. h. bloß weil sie eine Gewohnheit ist, dem Gesetze nicht vorgehe; damit ist aber keineswegs gesagt, daß die jüngere Gewohnheit nicht das ältere Gesetz abzuschaffen vermöge, und sie kann dies allerdings, wenn sie noch den Vorzug des jüngeren Alters für sich hat.[38])

g) Nur eine vernünftige Gewohnheit kann dem Gesetze derogiren, nicht aber eine unverständige.[39])

h) Die L. 2. C. spricht keineswegs von dem Gewohnheitsrecht überhaupt, d. h. von jeder Gattung desselben, sondern nur von einer, mit dem Sinn des Gesetzes unvereinbaren, obgleich durch Gewohnheit angenommenen, falschen Interpretation, und verwirft sie.[40])

i) Wahrscheinlich durch ein Scholion zu den Basiliken entstand die Ansicht, daß L. 2. C. nur von der, das Gesetz abschaffenden und zugleich etwas Neues an dessen Stelle setzenden Gewohnheit spreche und sie für unwirksam erkläre,

---

36) Perez ad Codic. L. VIII. t. 53. §. 11. Höpfner, Commentar. §. 58. Nr. 5. Zum Theil dieser Ansicht ist auch Busch, im Archiv f. civ. Prax., Bd. XXVII. S. 212 ff.

37) Mevii, decision. T. V. dec. 110. §. 4. Diese Ansicht streitet mit der unter c) erwähnten um die Palme der Absonderlichkeit.

38) Averanii interpretat. juris Lib. II. c. 1. in der Ausg. von 1751. p. 159. Böhmer, exercitat. ad Pand. T. V. exerc. 83. §. 5. Schon die Glosse kennt diese Meinung.

39) Noodt comment. ad Dig. L. I. t. 3. Opp. T. II. p. 12. Auch diese Ansicht findet sich in der Glosse, s. auch Busch a. a. O.

40) Glück, Einleitung z. Stud. d. röm. R. S. 44, 45.

nicht aber von einer das Gesetz bloß außer Anwendung setzenden oder es nur interpretirenden Gewohnheit.[41])

k) Puchta[42]) versteht das Rescript nur von einer thatsächlichen Gewohnheit, nicht aber von dem wahren Gewohnheitsrechte — es ist darüber schon S. 21 das Nöthige bemerkt worden.

l) Neuerdings hat man L. 2. Cod. von einer sich jetzt erst bildenden, in dem älteren entgegenstehenden Gesetze aber zum Voraus, z. B. durch eine darauf bezügliche Clausel verbotenen Gewohnheit verstanden.[43])

m) L. 2. C. soll nur ein gebietendes oder verbietendes Gesetz im Sinne haben, gegen welches die abschaffende Gewohnheit nichts vermag,[44]) oder

n) jedenfalls viel genauer sagt man, daß die Gewohnheit unfähig sein soll, ein absolut gebietendes oder verbietendes Gesetz aufzuheben.[45])

o) Am bestimmtesten endlich versteht Savigny[46]) die L. 2. C. nur von absoluten Gesetzen, im Gegensatz der von ihm so benannten[47]) vermittelnden Gesetze, oder denjenigen, welche nur da in Wirksamkeit treten, wo die erlaubte Privatwillkühr nichts festgesetzt hat.

Vergleicht man die oben mitgetheilten einfachen Worte

41) Basil. Lib. II. tit. 1. ad c. 42. Ausg. von Heimbach. Bd. I. S. 39. — Schweitzer, de desuetudine, 1801. p. 46 ff. Elvers, in d. Allgem. Jurist. Zeitung, 1828. Nr. 95, 96.

42) Gewohnheitsrecht, Thl. I. S. 117 ff., Thl. II. S. 203 ff., bes. S. 213 ff. Sehr gut dagegen Busch a. a. O. S. 205, 206.

43) Vangerow, Leitfaden, Bd. I. §. 16. Anmerk.

44) Sichardi Comment. ad Codic. L. VIII. t. 53. Nr. 2. §. 5. Hofacker princip. jur. civ. §. 126.

45) Gesterding Ausbeute a. a. O. S. 166 ff. Seuffert im Archiv f. civ. Praxis XI. S. 360. Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte, S. 393. 394. Wesentlich ist auch dieser Ansicht Brinkmann a. a. O. S. 23. Note 7. Gut dagegen Busch a. a. O. S. 197 ff.

46) System. Bd. I. S. 420 ff. Schon die Glosse zu L. 2. C. kennt diese Ansicht.

47) A. a. O. S. 57, 58.

der Constitution mit allen diesen, zum Theil ungemein künstlichen Auslegungen, so muß man offen eingestehen, daß sich nicht eine Sylbe davon findet, und daß sie sämmtlich eben nichts als Hypothesen sind.[48]) Nun können wir aber die mehr oder minder scharfsinnige Aufstellung von Möglichkeiten — mehr sind alle derartige Hypothesen im besten Falle nicht — unmöglich mit dem Namen der Auslegung beehren, welche stets voraussetzt, daß der bestimmte Sinn der Rede entweder aus der Wortbedeutung, oder aus der, mittelst innerer oder äußerer Gründe bewiesenen, wirklichen Absicht des Redenden[49]) entwickelt werde. Auch zur Beseitigung eines scheinbaren Widerspruchs zwischen mehreren Stellen der Rechtsquellen ist man nicht befugt, sich solcher willkührlich erfundner Möglichkeiten zu bedienen; man gelangt dadurch doch nie zur Wahrheit, sondern nur zu einer Selbsttäuschung oder zur Täuschung Anderer. Es würde daher unnütz sein, hier in die Darlegung der mehreren oder minderen Unwahrscheinlichkeit aller angeführten hypothetischen Erklärungen der L. 2. C. einzugehen, und soll statt dessen versucht werden, eine andere, auf bestimmten äußeren Gründen beruhende, den Widerspruch dieser Constitution mit den anderen, die Wirksamkeit der abschaffenden Rechtsgewohnheit anerkennenden Quellen beseitigende Auslegung zu geben. Man erräth leicht, daß wir unter der consuetudo, welche zwar keine vilis auctoritas haben, aber doch nicht das Gesetz oder die ratio [50]) umstoßen soll, die bloß particuläre Gewohnheit, den mos regionis verstehen, eine Erklärung, für welche der Verf. weit entfernt ist, den Ruhm der Neuheit in Anspruch zu nehmen, deren Begründung aber, die bisher eigentlich gar nicht geschah,[51]) er auf seine eigene Weise hier unternimmt.

---

48) So äußert sich schon Klötzer a. a. O. S. 92.

49) S. des Verf. Abhandl. aus d. Civilrechte S. 161 ff.

50) S. über die Bedeutung als ratio juris, nicht als „Vernunft", Puchta II. S. 58, Savigny S. 424 ff., Busch S. 205. 210 ff.

51) Schon die Glosse des Jonnes, Azo und Accursius zu L. 2. C. hat eine Andeutung dieser Erklärung; sie findet sich auch bei Huber

Der Grund für diese Auslegung findet sich in der Inscription und Subscription der L. 2. C. Erstere lautet im Justinianeischen Codex in den vom Verf. nachgesehenen Ausgaben nur: ad Proculum; Noodt aber erwähnt, freilich ohne alle nähere Nachweisung, daß in einigen Handschriften sich finde: ad Proculum, proconsulum Africae. Dies ist aber jedenfalls richtig, denn das Rescript gehört, wie schon bemerkt, nach dem Consulat dem Jahre 319 an, und aus diesem Jahre kommen im Theodosianischen Codex nicht weniger als vier Constitutionen vor, die sämmtlich an Proculus, den Proconsul von Africa, gerichtet sind,[52]) die erste vom 7. Mai 319 aus Karthago, die zweite vom 1. August (hier ist das Monatsdatum ungewiß) und die beiden letzten vom 26. December 319 datirt. Zwar findet sich auch ein Rescript Constantin's vom 27. August 319 an Catulinus (Catullinus), der ebenfalls als Proconsul von Africa bezeichnet wird,[53]) und es ist nicht wohl möglich, daß er es neben Proculus gewesen wäre; indessen ist in dieser Constitution wahrscheinlich die Angabe des Consulats als des fünften von Constantin mit Licinius unrichtig, und statt V Coss. entweder IV Coss. oder III Coss. zu lesen, was das Jahr 315 oder 313 bezeichnen würde, aus welchen beiden Jahren Rescripte an Catulinus, den Proconsul Africa's, sich finden.[53]) Jedenfalls steht fest, daß Procu-

---

praelect. jur. civil. L. I. t. II. Nr. 12. s. auch Savigny a. a. O. S. 420. 421. Seltsamer Weise meint Sichardus l. c. §. 10, daß L. 2. C. gerade zeige, daß die Localgewohnheit die Kraft habe, ein allgemeines Gesetz aufzuheben.

52) L. 1. Th. Cod. de itinere muniendo (15. 3.). L. 2. Th. Cod. de privilegiis eorum (6. 35.). L. 2. Th. Cod. de offic. procons. (1. 12.). L. 1. Th. Cod. de re judicata (4. 16.). Die Citate sind der Hänel'schen Ausgabe entnommen. Von diesen Quellen sind L. 1. mit derselben Inscription in L. I. Cod. Just. de coll. fundor. provinc. (11. 65.) und die letzte in L. 3. Cod. Just. sentent. rescindi (7. 50.), diese aber mit Weglassung des Zusatzes Proconsulum Africae wiederholt.

53) Von 315 ist L. 1. Th. Cod. de frumento Karthag. (14. 25.), von 313 aber L. 2. Th. Cod. de appellat. (11. 30). L. 1. Th. Cod.

lus im Jahr 319 Proconsul von Africa war, und es ist darnach nicht zu bezweifeln, daß unsere L. 2. C. an ihn erlassen worden, d. h. daß er der, in der (hiernach unvollständigen) Inscription genannte Proculus ist. Dafür, und folglich für die Eigenschaft der L. 2. C. als einer epistola, d. h. Rescripts an eine höhere Magistratsperson auf deren Anfrage,[54]) spricht auch der Umstand, daß L. 2. C. keine Andeutung von einem einzelnen praktischen Falle (keinen s. g. casus legis) enthält, auf welchen sich die Anfrage bezogen hätte, wie doch, wenn der Anfragende eine bloße Privatperson gewesen wäre, der Fall sein würde; der offenbar mehr theoretische Inhalt deutet ebenso darauf, daß diese Constitution an einen höheren Beamten gerichtet wurde, der zu solchen allgemeineren Rechtsfragen vorzugsweise veranlaßt war. Bekanntlich hatte nun Constantin das ganze Reich in vier große Praefecturae eingetheilt, Oriens, Illyricum, Italia und Gallia, und zu Italia gehörte auch das römische Africa mit Ausschluß von Aegypten. Daneben gab es sechs unabhängige Proconsulate, welche nicht unter den Praefecti praetorio jener großen Präfecturen standen, und eins dieser Proconsulate hieß technisch Africa, auch davon Africa proconsularis. Es befaßte die Küste von den Säulen des Herkules bis an die Grenze der Libya Cyrenaica, war selbst wieder in sechs provinciae eingetheilt, und hatte Karthago zur Hauptstadt, wo der ihm vorgesetzte Proconsul residirte.[55]) Dieses Amt bekleidete Proculus. Hiernach leuchtet nun ein, daß er berufen war, unmittelbar an den Kaiser zu berichten, ohne daß dies durch einen Praef. Praetorio gehen

---

quorum appellationes (11. 36.). Uebrigens war Catulinus noch 317 in diesem Amte, L, 6. Cod. Just. ad leg. Jul. de vi (9. 12.).

54) S. des Verf. angef. Abhandlungen S. 43. 44.

55) S. über dieses Alles: Frid. Spanhemii introd. in geograph. sacram. 1679. p. 127. 24—218, auch Walter Geschichte d. röm. R. Thl. I. Cap. 43. §. 366. S. 459. 460. Die Notitia dignitatum erwähnt öfters diesen Proconsul Africae mit dem Prädicat vir spectabilis, und giebt seine Insignien an.

mußte, und daß er ebenso vom Kaiser unmittelbar die in L. 2. C. aufbewahrte epistola empfing. Es ist aber ebenso einleuchtend, daß er als Gouverneur einer verhältnißmäßig kleinen Provinz nicht im Stande war, über eine allgemeine, im ganzen römischen Reiche geltende Gewohnheit zu berichten, daß er jedoch über eine in seiner Provinz vorkommende, mithin particuläre Rechtsgewohnheit wohl anzufragen Veranlassung hatte. Antwortete ihm nun Constantin, daß die Gewohnheit, über die er berichtet, zwar keineswegs von geringem Gewicht sei, jedoch weder den allgemeinen Rechtsprincipien, noch dem allgemein erlassenen Gesetze widerstreiten dürfe, so ergibt sich, daß der Kaiser nur die particuläre Gewohnheit bei dieser Entscheidung meinte, und L. 2. C. auf diese Art eine ganz befriedigende Lösung erhält — besäßen wir das vollständige Rescript statt des sehr abgerissenen Excerptes, so würde dieser Sinn sich wohl unbedenklich herausstellen.

Dieses quellenmäßige, nach dem Bisherigen auch durch L. 2. C. bestätigte Erforderniß der particulären Gewohnheit, daß sie nicht einer allgemeinen Rechtsvorschrift zuwiderlaufen darf, wird noch durch ein Scholion zu den Basiliken bestätigt, woselbst namentlich die L. 2. C. als Beleg dafür angeführt ist, daß der mos regionis der lex nicht widerstreiten dürfe.[56]) Ebenso hat das canonische Recht mehrfach in einzelnen Anwendungsfällen[57]) den gleichen Grundsatz anerkannt, insbesondere bei der Lehre von der Verdächtigkeit der Zeugen, bei der Frage, wo der Vater seine minderjährigen Kinder beerdigen zu lassen habe, und bei Gelegenheit des vor dem Pfarrer und 2 oder 3 Zeugen zu errichtenden Testa-

56) Basil. Lib. XXIII. t. III. c. 1., woselbst die oben angef. L. 1. D. de usuris aufgenommen ist; das Scholion s. in der Ausg. von Heimbach Bd. II. S. 674, und es bezieht sich auf Basil. Lib. II. t. I. c. 51, welches die L. 2. C. cit. wiedergiebt.

57) Cap. 26. X. i. f. de testibus (2. 20.) cap. 7. X. i. f. de sepulturis (3. 28.) cap. 10. X. de testamentis (3. 26.) cap. 1. X. de magistris (5. 5.).

ments. In der letztgedachten Decretale wird auch nebenher die bereits oben von uns aufgestellte Behauptung bestätigt, daß die particuläre Rechtsgewohnheit nicht einer schon bestehenden allgemeinen Gewohnheit entgegen sein dürfe.

4) Dagegen vermögen wir ein weiteres, von Manchen behauptetes Erforderniß für die Rechtsbeständigkeit der particulären Gewohnheit nicht anzuerkennen, nämlich, daß sie von der gesetzgebenden Gewalt bestätigt sein müsse.[58]) So wenig dies zum Wesen des Gewohnheitsrechtes überhaupt gehört, so wenig weicht hierin der mos regionis von der allgemeinen Gewohnheit ab; von Belegen aus den Quellen hierfür ist ohnehin keine Rede. Vielleicht hat man sich dadurch irre führen lassen, daß im Theodosianischen und Justinianeischen Codex, sowie im canonischen Rechtsbuche nicht wenige Constitutionen vorkommen, in welchen particuläre, ja selbst bloße Ortsgewohnheiten, welche dem allgemeinen Rechte entgegen waren, ausdrücklich bestätigt werden.[59]) Hierzu mußten die Kaiser und Päbste gewiß nicht selten Veranlassung finden, allein sie verwandelten dann eben durch ihre ausdrückliche Sanction solche Localgewohnheiten in Gesetze, und gerade der Umstand, daß es dieser ausdrücklichen Sanction solcher, dem Gesetze widerstreitenden particulären Gewohnheiten bedurfte, beweiset nicht nur abermals die Richtigkeit des vorher betrachteten dritten Erfordernisses, sondern auch durch das argum. a contrario, daß für anders beschaffene particuläre Gewohnheiten die specielle Bestätigung durch den Gesetzgeber nicht nöthig war.

5) Endlich hat man wohl als Erforderniß für die Gültigkeit einer particulären Rechtsgewohnheit angesehen, daß sie

---

58) Schöman Handbuch Thl. I. S. 30ff. 42ff.

59) L. un. Theod. Cod. de imponendis lucrativis (12. 4.) L. 166. Th. Cod. de decurion. (12. 1.) L. 31. Cod. Just. de testam. (6. 23.) cap. 42. cf. c. cap. 8. X. de simonia (5. 3.) cap. 4. in VI. de consuetud. (1. 4.) cap. 9. in VI. de officio ordinarii (1. 16.). Solche Fälle mag es noch viele geben.

in Folge eines gerichtlichen Rechtsstreites **durch richterliches Urtheil anerkannt** sein müsse,[60]) oder man hat dies wenigstens zur Gültigkeit für die dem Gesetz widerstreitende Gewohnheit verlangt.[61]) Man beruft sich dafür auf eine nicht unbedenkliche Aeußerung **Ulpian's**:[62])

Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.

Zuvörderst muß sie allerdings ausschließlich auf das **particuläre** Gewohnheitsrecht bezogen werden, und es ist falsch, wenn man sie gewöhnlich[63]) auf **jedes** Gewohnheitsrecht ohne Unterschied bezieht. Denn civitas bedeutet in dieser Stelle nicht, wie man angenommen zu haben scheint, den **Staat**, sondern eine **Stadt**, wie theils der Parallelismus mit provincia, theils und noch klarer die Basiliken[64]) zeigen, welche civitatis mit τινὸς πόλεως übersetzen. Allein das Fragment ist aus **Ulpian's** Werk de officio proconsulis entnommen und handelt also von dem Amte und den Pflichten eines Proconsul, der, wie wir oben bei L. 2. C. cit. gesehen haben, freilich es vorzugsweise mit dem particulären und localen Gewohnheitsrechte zu thun hatte. **Ulpian** giebt ihm nun hier den Rath, oder wenn man will, die Instruction, wenn sich eine Parthei vor seinem Richterstuhl auf eine solche particuläre Gewohnheit berufe, vor Allem nachzuforschen, ob sie schon einmal (und zwar natürlich in seinem Sprengel) durch richterliches Urtheil anerkannt sei. Dies bezieht sich also auf den **Beweis der Existenz** dieser be-

---

60) **Meurer** jurist. Abhandlungen S. 125 ff. 140.

61) **Berger** oeconom. juris Lib. I. t. I. Nr. 19. 20. **Wernher** observat. forens. T. II, P. IX. obs. 193. Diese Schriftsteller sprechen übrigens von jeder Gewohnheit.

62) L. 34. D. de legibus (1. 3.).

63) **Glück** Erläuter. d. Pandekten, Bd. I. S. 472 ff. **Sintenis** a. a. O. S. 41. Note 40.

64) Basilic. Lib. II. t. I. c. 43. edit. **Heimbach** T. I. p. 39.

haupteten Gewohnheit, der durch solches etwa vorhandenes Urtheil alsbald erbracht, ja die Gewohnheit dadurch eigentlich notorisch wird, während sie sonst von der sie behauptenden Parthei erwiesen werden müßte. Ein Erforderniß der Particulargewohnheit ist hier nicht zu finden, obgleich die Stelle in den Basiliken durch sehr wesentliche Veränderungen und Weglassungen allerdings diese Bedeutung erhalten hat. 65)

Unter den vorbeschriebenen Erforderniſſen ist nun dem particulären Gewohnheitsrecht völlige Rechtswirksamkeit, und zwar ebenso wie einem Gesetz, zuzugestehen, so daß es für die Anwendung im Rechtsleben ganz die nämliche Kraft besitzt, wie ein wahres Gesetz. Dies ist in den römischen Rechtsquellen vielfach, und namentlich auch durch kaiserliche Rescripte anerkannt, auf welchen letzteren Umstand Gewicht gelegt werden muß, weil er zeigt, daß das Ansehen und die Nothwendigkeit der particulären Gewohnheitsrechte im Volke so fest stand, daß die Imperatoren nicht daran zu beschneiden wagten; 66) ja ein Reskript von M. Aurelius und Verus verbietet ausdrücklich, der consuetudo regionis irgendwie entgegen zu handeln. 67) Dabei war noch vorgeschrieben, daß die Ortsgewohnheiten der Stadt Rom und ebenso von Constantinopel den Vorzug vor anderen particulären Gewohnheiten haben sollten, 68) welcher Grundsatz natürlich für uns Antiquität ist. Ebenso hat auch das canonische Rechtsbuch die Gültigkeit und verbindende Kraft der particulären Gewohnheit ausgesprochen, und behandelt sie in dieser Bezie-

---

65) Ungefähr so verstehen auch Glück (der S. 475 noch Mehrere anführt) und Sintenis a. a. O. die L. 34. cit. S. besonders Puchta Gewohnheitsrecht Thl. I. S. 96 ff. Thl. II. S. 31. 129 ff. 207.

66) L. 37. D. de usuris (22. 1.) L. 3. §. 6. D. de testibus (22. 5.) L. 75. D. de legat. III. (32.) L. 34. D. de regul. juris (50. 17.) — L. 4. Theod. Cod. de testamentis (4. 4.) L. 68. Theod. C. de decurion. (12. 1.) L. 19. Cod. Just. de locato (4. 65.) L. 31. C. de testam. (6. 23.) Nov. 123. c. 3.

67) L. 71. D. de contrah. emtione (18. 1.).

68) §. 7. Inst. de satisdationibus (4. 11.). L. 1. §. 10. C. de vet. jure enucl. (1. 17.)

hung, wie jede andere Gattung von Rechtsnorm,[69]) wobei nur oftmals ausdrücklich gefordert wird, daß sie nicht gegen canonische Gesetze streiten dürfe.[70]) Hier ist übrigens, wohl nach Analogie der vorgedachten römischen Vorschrift, in dem Falle, wenn in einem bischöflichen Sprengel verschiedenartige Localgewohnheiten über denselben Gegenstand vorkommen, dem bei der Metropolitankirche beobachteten Gewohnheitsrechte der Vorzug vor den anderen zugesprochen,[71]) obwohl der reiflichen Erwägung des Bischofs hinsichtlich der Angemessenheit des einen oder anderen Localgewohnheitsrechts dadurch nicht vorgegriffen werden soll.[72])

Noch häufiger findet sich dieser Grundsatz der gesetzesgleichen Wirksamkeit des mos regionis in einzelnen Anwendungen ausgesprochen, und es sind deren so viele und wichtige in den Quellen zu entdecken, daß man daraus die große Bedeutung des particulären Gewohnheitsrechts und sein tiefes Eingreifen in das Rechtsleben des Volkes ersieht; besonders ergiebig sind dafür die römischen Quellen.

I. Am häufigsten kommt, wie begreiflich, die particuläre Gewohnheit im Privatrechte vor, wo das locale oder provinzielle Bedürfniß am meisten die Bildung desselben bewirken mußte. Es finden sich folgende Fälle, welche, obwohl für uns diese einzelnen Gewohnheiten durch ihre Aufnahme in das Justinianeische Rechtsbuch unmittelbare Gültigkeit erlangt haben, doch klar zeigen, wie weit sich die Wirksamkeit des particulären Gewohnheitsrechts erstreckte.

1. Vorzügliche Wichtigkeit legten die Römer dem mos regionis für die Auslegung des Willens der Partheien bei vorgekommenen Rechtsgeschäften bei, wenn der Ausdruck desselben sich dunkel oder mehrdeutig zeigte. Hier sollte stets

---

69) Dist. XII. c. 3. 10. 11. vergl. mit Dist. XI. c. 8: — Cap. 10. i. f. X. de officio archidiaconi (1. 23.) cap. 1. in VI. de constitutionibus (1. 2.).

70) Hierauf bezieht sich auch die unbeutliche Dist. XII. c. 12.

71) c. 6. X. de consuetud. (1. 4.) c. 3. X. de cognatione spirituali (4. 11.).

angenommen werden, daß die Partheien dasjenige beabsichtigt oder mit den Worten gemeint hätten, was in der von ihnen bewohnten Gegend in solcher Beziehung üblich war, und Ulpian[72]) erklärt diesen Satz für auf innerer Nothwendigkeit beruhend:

Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur —

offenbar, weil diese localgewohnte Bedeutung der Worte und Sachen jedem Bewohner der Gegend bekannt, gleichsam sein angebohrnes Recht ist. Welche große Wichtigkeit dieser Grundsatz auch heutigen Tages haben muß, braucht nicht weiter auseinandergesetzt zu werden.

2) Hinsichtlich der Tragung des Zufalls bei Pacht und Miethe gilt im Allgemeinen die Lehre, daß der Pachter diesen Schaden, soweit er die verpachtete Sache trifft, zu tragen hat, und von dem Verpachter keinen Ersatz dafür fordern kann; nur wegen Zufällen an den Früchten kann er bekanntlich Erlaß am Pachtgelde fordern.[73]) In dieser Beziehung verordnete nun Alexander Severus,[74]) daß

72) L. 34. D. de regulis juris (50. 17.). Hierher möchten wir auch L. 31. §. 20. D. de aedilit. edicto (21. 1.) beziehen, obwohl sie mit den Worten: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire, nicht ausdrücklich bloß von der particulären Rechtsgewohnheit spricht. Auch gehören hierher L. 71. D. de contrah. emtione (18. 1.) und L. 32. §. 6. D. de admin. et peric. tutor. (26. 7.), welche Anwendungen des obigen Satzes enthalten.

73) Sell im Archiv für civilist. Praxis Bd. XX. S. 188—248. Das Nähere ist hier zu übergehen.

74) L. 8. Cod. de locato et conducto (4. 65.). Man streitet sich bei dieser Constitution, ob statt ut, wie die meisten Ausgaben haben, aut zu lesen sei — es scheint diese Lesart nach Basilic. L. XX. t. 1. c. 70. (Heimbach T. II. p. 370.) und Harmenopuli manuale Lib. III. tit. 8. § 6. vorgezogen werden zu müssen. Liest man ut, so kömmt der wunderliche Satz heraus, daß der Verpachter zufolge der Localgewohnheit

das locale Gewohnheitsrecht vorzugsweise über die Pflicht des Verpachters zum Schadensersatze oder Uebernahme des Schadens auf seine Rechnung entscheiden solle, und Diocletian[75]) verfügte, indem er diesen Rechtssatz anerkannte, daß ein specieller Vertrag über Erlaß des Schadens an den Früchten des Pachtgrundstückes, z. B. bei Heuschreckenfraß, nichts enthalten dürfe, was der consuetudo regionis zuwiderlaufe, widrigenfalls diese Verabredung nichtig sein sollte, und es sollen Verträge anderer Personen gegen eine solche Localgewohnheit deren gesetzesgleicher Kraft keinen Abbruch thun. —

3) Schon oben wurde erwähnt, daß, wo nicht durch Vertrag oder Testament die Quantität der Zinsen festgesetzt worden ist, der Richter sie nach dem mos regionis, wo der Contract oder das sonstige, zur Verzinsung verpflichtende Rechtsverhältniß zu Stande gekommen, festsetzen soll. Dies gilt sowohl von den vertragsmäßigen, als von den s. g. Legalzinsen, von welchen letzteren verschiedene Beispiele in den Quellen erwähnt werden; doch soll der Grundsatz, wie natürlich, nur bei den bonae fidei judicia zur Anwendung kommen.[76]) Namentlich bei dem Tutor, der das Geld des Pupillen in seinen Nutzen verwendete, und davon Zinsen (usurae pupillares) zu entrichten schuldig ist, soll diese Vorschrift ebenfalls entscheiden.[77])

4) Besonders häufig und in sehr verschiedner Beziehung wird das particuläre Gewohnheitsrecht bei Beurtheilung und Auslegung der Legate angewendet. So

---

schuldig sei, den Vertrag so abzuschließen, daß er gewissen Zufallsschaden übernimmt — das ist offenbar unnatürlich. Rad. Fornerii res quotid. L. V. c. 3. (Otto thesaur. T. II. p. 259. 260.) Noodt Comm. ad Dig. L. XIX. tit. 2. Opp. Colon. 1732. T. II. p. 332. Glück am a. O. Bd. XVII. S. 467. 468.

75) L. 18. 19. Cod. eod. tit.

76) S. die in Note 25, angef. Quellen und L. 37. D. de usuris (22. 1.) L. 39. §. 1. D. de leg. I. (30.).

77) L. 7. §. 10. D. de administr. et periculo tutorum (26. 7.).

kömmt vor, daß das Legat dem Honorirten Holz, und zwar lignum, zuwendete; Ulpian bemerkt, daß man lignum von materia (Bauholz) unterscheiden müsse, daß ersteres das zum Brennen bestimmte Holz bedeute, daß aber in manchen Gegenden auch alles sonstige Brennmaterial, z. B. Pflanzen, Dornen, Rohr und Anderes, unter lignum mitbegriffen werde, und verpflichtet dadurch den Richter, sich bei Beurtheilung eines legatum ligni nach diesem, hierdurch zur wahren Rechtsnorm erhobenen, provinciellen Gebrauch zu richten.[78]) Ebenso entscheidet Marcellus, daß an sich zwischen oves und agni ein Unterschied sei, und das legatum ovium die agni nicht mitbegreife; er fügt jedoch hinzu, daß man sich bei Bestimmung des Begriffes beider nach dem Gebrauch der betreffenden regio richten müsse, was er mit einem Beispiele belegt.[79]) Ferner, wenn Geld zu einem gewissen Zwecke legirt, jedoch die Summe nicht bestimmt worden ist, so soll darüber zunächst eine etwaige eigene Sitte des Testators, dann aber der mos regionis entscheiden, insofern er über die legirte Geldsorte oder über den bei derartigen Zwecken zu machenden Aufwand etwas festgesetzt hat; nur wenn ein solcher mos regionis nicht nachzuweisen ist, soll man andere Hülfsmittel für die Auslegung anwenden.[80]) Dieser Satz kann unbedenklich auch auf Schenkungen, Hinterlassung von Alimenten und im Grunde auf alle Geschäfte angewendet werden, bei welchen die Summe oder die Sorte des Geldes von den Urhebern nicht hinreichend deutlich bezeichnet worden ist. Hinsichtlich der Alimente spricht dies Ulpian[81])

---

78) L. 55. pr. §. 5. 6. D. de legat. III. (32.) vergl. mit L. 167. D. de verbor. signif. (50. 16.).

79) L. 65. §. 7. D. de legat. III. Heut zu Tage kömmt Aehnliches vor.

80) L. 75. D. eod. L. 50. §. 3. L. 51. D. de legat. I. (30.). In Deutschland ist diese Vorschrift bei den mehrdeutigen Benennungen der Geldsorten, z. B. Thaler oder Gulden, unstreitig sehr wohl anwendbar.

81) L. 1. L. 14. §. 1. D. de alimentis legatis (34. 1.). Ob man auch L. 9. pr. i. f. de tritico leg. (33. 6.) hierher beziehen kann?

bei Gelegenheit eines vorgekommenen Falles selbst aus, in welchem er consultirt worden, und in dem es sich darum handelte, ob Wasser unter den legirten Alimenten mitbegriffen sei, was er (zu Gunsten des Legatars) bejahte, weil nach der consuetudo loci das Wasser für Geld gekauft werden müsse. Endlich wird bei der Frage, was zu der supellectilis legata oder instrumentum fundi legatum gehört, worüber zwischen dem Erben und Legatar leicht Streit entsteht, in mehrfachen Beispielen von Paulus und Celsus ausgesprochen, daß es auf den usus regionis, in welcher der Testator lebte, ankomme, und je nachdem die Gewohnheit hier einen oder den anderen Gegenstand dazu rechnet, über die Absicht des Testators und die Bedeutung des Legats entschieden werden müsse.[82]) Allerdings liegt in allen diesen Fällen dem mos regionis der Sprachgebrauch und die thatsächliche Sitte der betreffenden Gegend zu Grunde; allein insofern er für den Richter eine Norm bildet, hat er nichtsdestoweniger die Eigenschaft einer wahren Rechtsgewohnheit erlangt.

5) Es muß weiter hierher bezogen werden die Angabe des Paulus, daß der Inhaber einer Wasserleitungsservitut regelmäßig, und wo nichts Anderes festgesetzt worden, nur Röhren legen, nicht aber einen in Stein gefaßten Canal (lapidem) führen dürfe, wofür er sich auf die Gewohnheit beruft;[83]) diese kann nach der Natur der Sache hier keine andere als eine locale sein, so daß, wo die Ortsgewohnheit die Anlage der Steincanäle mit sich brächte, auch das Gegentheil Rechtens sein würde.

6) Ulpian stellt den Grundsatz auf,[84]) daß im Gan-

---

82) L. 18. §. 3. D. de instructo legato (33. 7.) L. 7. §. 1. D. de supellectile legata (33. 10.).

83) L. 17. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). Glück Erläuter. d. Pand. Bd. X. S. 192. Die Untersuchung von Sintenis im Archiv für civilist. Praxis, Bd. XVIII. S. 207 über eine verwandte Frage gehört nicht hierher.

84) L. 13. §. 1. D. communia praedior. (8. 4.).

zen der Eigenthümer eines Steinbruches nicht zu dulden brauche, daß ein Anderer darin Steine breche, wenn er nicht eine besondere Befugniß dazu habe. Nur wenn in Ansehung der Steinbrüche die locale Gewohnheit gilt, daß ein Andrer gegen einen, durch diese Gewohnheit bestimmten Bodenzins (solarium) sie benutzen darf, ist es nicht zu verwehren, jedoch nur so auszuüben, daß dadurch die Benutzung des Eigenthümers selbst nicht gehemmt wird.

7) Gajus in seinem Commentar zu dem Provincialedict, der wahrscheinlich viele Notizen über provincielle Gewohnheitsrechte enthielt, spricht aus, daß die bei dem Verkaufe eines Grundstückes wegen der etwaigen Eviction zu bestellende Caution[85]) hinsichtlich ihrer Größe sich nach der in der Gegend geltenden Gewohnheit richte, was natürlich nur für den Fall zu verstehen ist, wenn die Partheien über die Caution und ihre Größe nichts durch Vertrag festgesetzt haben.[86])

8) Das gerichtliche Testament soll nach wiederholten Constitutionen bei denjenigen Gerichten errichtet und aufbewahrt werden, bei welchen es nach der Ortsgewohnheit zu geschehen pflegt. Dabei wird für Constantinopel eine specielle Stadtgewohnheit erwähnt und gebilligt; allein auch alle solche locale Gewohnheitsrechte (mores locorum) ausdrücklich als Rechtsnormen dafür bezeichnet.[87]) Zum Verständniß dieser Constitutionen muß man eingedenk sein, daß damals das gerichtliche Testament nothwendig dem Gerichte zu Protokoll dictirt werden mußte.[88])

---

85) Müller die Lehre von d. Eviction Thl. I. S. 64. 65.

86) L. 6. D. de evictionibus (21. 2.). Die Art, wie Müller die L. 6. anführt, beruht offenbar auf einem Mißverständniß.

87) L. 18. Cod. de testamentis (6. 23.) L. 2. Cod. quemadm. testam. aperiantur. (6. 32.). Schon Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. XXVI. S. 75. 76. macht darauf aufmerksam.

88) S. des Verf. Abhandlung im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII. S. 254 ff., woselbst L. 2. C. cit. einer genaueren Interpretation S. 265. 266. unterworfen ist.

9) Bei Anwendung des Prätorischen Edicts de inspiciendo ventre[89]) soll eine gewisse Milde hinsichtlich der minderwichtigen Vorschriften geübt werden, so daß die unterlassene Beobachtung derselben dem Kinde nicht schädlich ist. Dabei wird auf den mos regionis verwiesen, nach welchem die eintretenden Verhältnisse beurtheilt werden sollen.[90])

10) Endlich schrieb Justinian vor, daß der Betrag der für die Ordination der Bischöfe und anderen Geistlichen zu entrichtenden Gebühren sich nach der particulären Gewohnheit des Sprengels richten solle, in welchem die Ordination geschieht.[91])

11) In dem canonischen Rechtsbuche wird nur einmal bei Gelegenheit der zur Gültigkeit des Verkaufs der Grundstücke nothwendigen Solennitäten die Localgewohnheit einer Stadt ausdrücklich als Rechtsnorm anerkannt, obwohl nicht näher beschrieben, weil es bei dem Falle dieser Decretale zunächst auf die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ankam.[92])

II. Weit seltner, wie leicht begreiflich, hat das particuläre Gewohnheitsrecht, nach den Quellen, auf das öffentliche Recht Einfluß gehabt; doch kommen Fälle vor, in welchen publicistische Einrichtungen, ja selbst wichtige Sätze des öffentlichen Rechtes dadurch bestimmt wurden.

1) Zunächst hat der mos regionis auf das ganze Municipienwesen gewirkt, und es wird gelegentlich von den Kaisern anerkannt, daß die Localgewohnheit des einzelnen Municipiums als Rechtsquelle angewendet werden müsse;[93]) schon oben wurden auch hierher gehörige Fälle angeführt (s. S. 20), und es wird eine nimia arrogatio des Gerichts genannt, dergleichen altes Herkommen nicht zu respectiren.

---

89) L. 1. §. 10. de inspic. ventre (25. 4.).
90) L. 1. cit. §. 15. Glück Bd. XXVIII. S. 319.
91) Nov. 123. cap. 3.
92) Cap. 8. X. de in integr. restitut. (1. 41.).
93) L. 60. 68. Theod. Cod. de decurionibus (12. 1.).

Es wäre sehr zu wünschen, daß man heut zu Tage, wo man so gerne vergißt, daß wir unser Bestes aus den Alten geschöpft haben, und wo man die Gleichheit Aller vor dem Gesetze in der unseligsten Nivellirung zu finden meint, etwas mehr dieser römischen Weisheit eingedenk wäre, die sehr wohl einsah, daß das individuelle Bedürfniß einzelner Gegenden, Districte und Städte auch befugt sei, auf rechtliche Berücksichtigung Anspruch zu machen, und daß es keine Ungerechtigkeit sei, es zu befriedigen. Noch weiser aber war es, nicht deshalb die leidige Gesetzfabrik in Bewegung zu setzen, sondern die Befriedigung eines solchen individuellen Rechtsbedürfnisses der inneren, organischen und darum nothwendigen Entwicklung entsprechender particulärer Rechtsgewohnheiten zu überlassen.

2) In der Absicht, die Provincialen zu erleichtern, wurde festgesetzt, wie es mit Eintreibung der öffentlichen Lasten gehalten werden sollte, und dabei ist die consuetudo civitatis ausdrücklich als Norm anerkannt.[94]) Ueberhaupt wird hinsichtlich der öffentlichen Lasten und Abgaben, ihrer Vertheilung, Auflegung auf die Einzelnen und Ansatz stets die particuläre und namentlich örtliche Rechtsgewohnheit als eine streng zu beobachtende Norm bezeichnet.[95])

3) Nicht weniger kommen für Ortspolizei allerlei auf dem Ortsgebrauch beruhende Vorschriften vor;[96]) auch werden für die Baupolizei, z. B. für die Frage, ob der Eigenthümer ein zu Grunde gegangenes Haus wieder aufbauen müsse oder den Hausplatz in einen Garten umwandeln dürfe, die Ortsgewohnheiten als Entscheidungsquelle bezeichnet.[97])

---

94) L. 22. Theod. Cod. de susceptoribus (12. 6.).

95) L. 23. Th. C. de annona (11. 1.) L. 131. Th. C. de decur. (12. 1.) L. un. Th. C. de imponenda lucrativis descriptione (12. 4.) L. 5. cf. c. L. 1. Th. C. de auro coronario (12. 13.) L. 4. §. 2. L. 9. §. 6. D. de publicanis (39. 4.) L. 32. §. 6. D. de admin. et peric. tutor. (26. 7.).

96) L. 7. Th. C. de aquaed. (15. 2.) L. 2. Th. C. de itinere (15. 3.).

97) L. 3. C. de aedificiis privatis (8. 10.).

4) Es wird sogar dem Proconsul hinsichtlich des Einzugs in seine Provinz anbefohlen,[98]) sich dabei, weil die Provincialen auf diesen Einzug und namentlich auf den Ort desselben großes Gewicht legten, und eine Art von Privilegium darin fanden, streng an die Gewohnheit der Provinz zu halten, offenbar in der sehr weisen Erwägung, daß die Verletzung solcher Gewohnheiten Grund zur Unzufriedenheit giebt, und daß das gewaltsame Verletzen derselben, bloß um des Zuvielregierens willen, nichts taugt.

5) Eine gewisse innere Wahrscheinlichkeit spricht endlich dafür, daß das, erst dem neurömischen Rechte angehörende wichtige Institut des Colonates[99]) gleichfalls, wenigstens zum Theil, aus particulären Rechtsgewohnheiten hervorging.[100]) Doch läßt sich dies aus unseren Rechtsquellen nicht mehr nachweisen, weil jedenfalls derartige Gewohnheitsrechte durch die zahlreichen, den Colonat betreffenden Constitutionen in eigentliche Gesetze umgewandelt worden sind; nur in einzelnen Puncten wird die Localgewohnheit dabei als Norm eingeführt, namentlich dafür, daß gegen die Regel, daß der Colon den Canon in Erzeugnissen des Grundstückes zu leisten hatte, er mitunter auch Geld statt dessen entrichte.[101])

III. Im Criminalrechte hat das particuläre Gewohnheitsrecht nur geringen Einfluß gehabt, wie sein Wesen von selbst mit sich bringt; es werden sogar in Beziehung auf das Verbrechen der Simonie allerlei Local- und namentlich Diöcesangewohnheiten, welche Mißbräuche hinsichtlich des Nehmens von Gebühren für kirchliche Functionen sanctionirten, ausdrücklich für ungültig erklärt.[102]) Nur ein Fall einer

---

98) L. 4. §. 5. D. de offic. proconsulis (1. 16.).

99) Savigny in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. Bd. VI. S. 273 ff. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. Thl. II. §. 231.

100) Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. XXVI. S. 75.

101) L. 5. L. 20. §. 2. C. de agricolis (11. 47.). Savigny S. 292.

102) Cap. 9, 36, 39. X. de simonia (5. 3.).

gültigen criminalistischen Municipalgewohnheit[103]) kömmt vor, durch welche das Verbrechen des scopelismus festgestellt und Capitalstrafe, selbst Todesstrafe dafür gedroht wurde. In Arabien kam nämlich häufig vor, daß einem Grundstücksbesitzer von seinem Feinde ein Stein auf das Grundstück gesetzt wurde, zum Zeichen, daß er den Tod erleiden werde, wenn er sich unterfangen würde, dasselbe zu bebauen; für dieses sehr gefürchtete Verbrechen — es erinnert an die Proceduren der irländischen Whiteboys — war durch Provincialgewohnheit jene Strafe eingeführt, wie Ulpian berichtet.

IV. Auch im Civilproceßrechte fehlt es nicht an particulären Gewohnheitsrechten, welche in den Quellen ausdrücklich als Normen anerkannt sind, wobei jedoch aus den Reichsgesetzen nichts zu entnehmen ist, welche nur des Gewohnheitsrechtes überhaupt öfters gedenken.

1) Hinsichtlich der Befugniß des Gerichts, Zeugen aus einem anderen Sprengel oder Provinz vorladen zu dürfen und namentlich in Ansehung der Entfernung des Wohnorts solcher Zeugen vom Gerichtsorte, soll die particuläre Gewohnheit der Provinz entscheiden.[104])

2) Für die Frage, in wie weit eine von den Decurionen ihrem gerichtlichen Stellvertreter ertheilte Generalvollmacht wirksam ist, welche nach früherem Rechte nicht statthaft war, sollen die Syndici der Städte nach deren Ortsgewohnheiten entscheiden.[105])

3) Die Gerichtsferien sollen von dem Proconsul in jeder Provinz, unter Berücksichtigung der Zeit der Ernte und der Weinlese,[106]) nach Localgewohnheit der Provinz festgesetzt werden.

---

103) L. 9. D. de extraordin. criminibus (47. 11.), Heffter Lehrbuch des Criminalrechts §. 361.

104) L. 3. §. 6. D. de testibus (22. 5.).

105) L. 6. §. 1. D. quod cuiuscunque univers. (3. 4.).

106) L. 4. D. de feriis (2. 12.) cf. c. L. 4. Cod. eod. (3. 12.). Die L. 32. C. de transact. (2. 4.) meint mit usitato more legum schwerlich eine Provincialgewohnheit.

4) Ebenso schreibt das canonische Recht vor, daß über die Frage, welche Urkunden als öffentliche zu betrachten sind und deren beweisende Kraft haben, die Gewohnheit des Landes oder der Provinz entscheiden soll.[107])

V. Auch im Kirchenrechte fehlt es nicht an particulären Gewohnheiten, welche als Rechtsnormen erwähnt werden. So wird, nachdem alles Nehmen von Gebühren für die letzte Oelung und das Begräbniß für Simonie erklärt und verboten worden (in der Weise, daß der solche Gebühren fordernde Geistliche der Censur unterliegen soll), dennoch die an manchen Orten geltende Gewohnheit der Laien, freiwillig für jene Acte Spenden zu machen, für löblich, gültig und die Zuwiderhandlung für ein Unrecht erklärt.[108]) Im Zusammenhange damit steht eine andere, übrigens dunkle Decretale, nach welcher die Größe der Begräbnißgebühr sich nach der consuetudo regionis richten soll.[109]) Auch wird verfügt, daß bei denjenigen Collegiatkirchen, bei welchen die Gewohnheit gilt, daß die älteren Canonici befugt sind, in die frei werdende bessere Pfründe einzurücken, diese Norm rechtsgültig sein soll, sogar gegen etwaige päpstliche Provisionsmandate,[110]) welches letztere Gebot recht auffallend zeigt, welchen Werth das canonische Recht den particulären Rechtsgewohnheiten beilegte. Solcher Anerkennungen der provinciellen, Diöcesan- und Ortsgewohnheiten mögen sich aber, außer den mitgetheilten Beispielen, noch manche aufzählen lassen. Ueberhaupt leuchtet es von selbst ein, daß es neben den in unseren Rechtsquellen aufgezeichneten und dadurch (zum Theil nur zufällig) uns aufbewahrten particulären Gewohnheitsrechten noch ungemein viele andere geben mußte, zumal

---

107) Cap. 9. X. de fide instrumentorum (2. 22.).

108) Cap. 42. cf. c. cap. 8, 29, 36, 39 X. de simonia (5. 3.). S. über die scheinbare Antinomie Gonz. Tellez comment in Decret. T. IV. Lib. V. t. 3. cap. 8.

109) Cap. 9. X. de sepulturis (3. 28.).

110) Cap. 4 in VI. de consuetudine (1. 4.).

in dem großen römischen Reiche,[111]) in welchem die unendliche Verschiedenheit der Länder, Klimate, Nationalitäten und Beschäftigungen die allerverschiedenartigsten rechtlichen Bedürfnisse erzeugte. Diese konnten nur durch entsprechende particuläre Gewohnheitsrechte befriedigt werden, deren Aufzeichnung jedoch für das übrige Reich keinen Nutzen gehabt haben würde. Es bedurfte auch in der That derselben nicht, nachdem man einmal den wichtigsten Grundsatz hatte, daß die einer allgemeinen Rechtsvorschrift nicht zuwiderlaufende particuläre Gewohnheit eine gültige Norm sei, ein Grundsatz, der sich hiernach als ein höchst weiser darstellt. Die bisherige Aufzählung der einzelnen, uns aufbehaltenen Fälle hatte daher nur den Zweck, die ungemeine Wichtigkeit des particulären Gewohnheitsrechts für das römische und canonische Recht, und sein Eingreifen in alle Rechtstheile zu zeigen.

Und dieselbe Wichtigkeit muß die particuläre Rechtsgewohnheit auch bei uns haben, zumal in den größeren Staaten, in welchen die Gesetzgebung, wenn sie nicht in den oben gerügten leidigen Fehler des Zuvielregierens verfallen will, nicht im Stande ist, das divergente Rechtsbedürfniß jedes kleineren Landestheils zu befriedigen, es auch gar nicht zu thun berufen ist, sondern die es einfach dem sich schon von selbst bildenden particulären Gewohnheitsrechte überlassen muß. Wie soll nun ein solcher moderner mos regionis behandelt und beurtheilt werden? Wir antworten einfach: nach den hier mitgetheilten Grundsätzen der recipirten Rechte. Zwar hat man in neuerer Zeit die Ansicht aufgestellt,[112]) daß das römische Recht hinsichtlich der Rechtsquellen und ihrer Behandlung nicht anzuwenden sei, weil seine darauf bezüglichen Vorschriften dem römischen Staatsrechte angehörten, welches bei uns aus bekannten Gründen keine Anwendung finden könne. Allein schon dieser letzte Satz ist nicht unbedingt rich-

111) Puchta Gewohnheitsrecht Thl. I. S. 71. 72. Savigny System Bd. I. S. 144. 145.

112) Savigny a. a. O. S. 162–166.

tig, denn es wurden zwar in Deutschland diejenigen Sätze des römischen Staatsrechts nicht recipirt, welche mit der deutschen Staatsverfassung und den deutschen Staatsbedürfnissen unvereinbar waren. Dagegen fanden wieder manche zum Staatsrecht gehörige Lehren Eingang in Deutschland, und wurden in den Gerichten befolgt, welche am Ende in jeder Gestaltung des Staatsorganismus anwendbar waren, wie z. B. der Satz princeps legibus solutus est, dem man freilich mancherlei Modificationen zufügte, oder die Lehre von der Haftpflicht der Beamten. Gerade die römischen Quellenvorschriften über die Behandlung der Rechtsquellen selbst sind aber in Deutschland unbedenklich mitrecipirt worden, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf solche Formen von Rechtsquellen beziehen, die bei uns nicht mehr vorkommen, z. B. auf Rescripte im römischen Sinn, oder Edicte von Magistraten. So hat noch Niemand bezweifelt, daß die römische Lehre von dem Verhältniß der einzelnen Rechtsquellen zu einander, von der Nothwendigkeit der Publication der Gesetze und dergleichen in Deutschland recipirt worden sei, und gerade der große Kenner unserer Literatur, der obigen Zweifel angeregt hat, bezeugt selbst, daß man bei dem Gewohnheitsrecht die Anwendbarkeit des römischen Rechts gar nicht bezweifelt;[113]) der Verf. kann ebenso versichern, daß ihm nie ein Bedenken dagegen bei irgend einem Schriftsteller vorgekommen ist.

Es steht demnach die Anwendbarkeit der römischen und canonischen Grundsätze über Wesen, Erforderniße und Wirkung des particulären Gewohnheitsrechts für uns, durch die Reception und seitherige Anwendung aller derartigen Lehren fest. In der That hat es auch in Deutschland, wie der Verf. sich aus eigener Erfahrung überzeugte, die größte Wichtigkeit erlangt, obwohl es sich hier, wie leicht begreiflich, weit mehr in Beziehung auf Institute des einheimischen deutschen Rechtes als der recipirten Rechte ausgebildet, und sich aller-

113) Savigny a. a. O. S. 164.

dings beinahe nur auf das Privatrecht beschränkt. So entscheidet Ortsgewohnheit über die Termine für Kündigung der gemietheten Wohnungen, welche sich naturgemäß nach dem Bedürfniß des betreffenden Ortes richten und gewöhnlich andere bei meublirten Wohnungen sind, als bei unmeublirten. Ebenso richten sich die Termine des Aufhörens bei Pachtungen nach der Gewohnheit der Gegend, die wiederum durch die daselbst übliche Bodencultur und ähnliche Einflüsse bestimmt wird. Aus gleicher Ursache werden auch, in Ermanglung vertragsmäßiger Festsetzung, die Zeiten für die Zahlung des Pachtgeldes durch particuläre Gewohnheit, meistens einer ganzen Gegend regulirt, bald nach dem Kalender, z. B. Zahlung auf Cathedra Petri, Michaelis und dergleichen, bald nach der Ernte. Nicht minder richtet sich die Zeit der Aufkündigung und Dienstbotenmiethe, und der Termin des Abzugs des Dienstboten nach der particulären Gewohnheit. Ebenso häufig entscheidet bei dem leidigen Unwesen in Maaß und Gewicht aller Art, welches fast überall in Deutschland vorkömmt, die Ortsgewohnheit über den Sinn der gebrauchten Ausdrücke und über das zu prästirende Maaß und Gewicht. Ehemals galt für die Bedeutung der Münzsorten das Gleiche, was jetzt seit der Einführung des doppelten Münzfußes seltner, und wohl nur noch für die Beurtheilung älterer Rechtsverhältnisse und Geschäfte vorkommen wird; höchstens bei Goldmünzen, welche nach Provincialgewohnheit bei gewissen Rechtsgeschäften, z. B. Pferdekäufen, ausschließlich vorkommen, kann dies noch jetzt eintreten. Auch entscheidet particuläres Gewohnheitsrecht hinsichtlich der Zahlungsfristen bei dem Verkaufe gewisser Handelsgegenstände oder Fabrikate; doch kommen dafür auch mitunter wahre Standesgewohnheiten vor, welche, wie oben bemerkt, dem allgemeinen Gewohnheitsrechte angehören. Zunftverhältnisse, insbesondere die Grenzen der Berechtigung zwischen solchen Zünften, deren Beschäftigungen hart an einander liegen oder gar in einander übergehen, werden ebenfalls mitunter durch Localgewohnheitsrecht normirt. Weit häufiger entscheidet es aber

bei Bausachen aller Art, Rechten der Brandmauern, der Zwischenräume zwischen den Gebäuden, der Befugniß zum Einschieben der Balken in fremde Wand vermöge allgemeiner Nothwendigkeit (nicht als servitus tigni immittendi), und ähnlichen Fragen. Ueberhaupt ist das particuläre Gewohnheitsrecht — wegen des hier besonders häufigen und dringenden Bedürfnisses — von vorzüglicher Wichtigkeit für die Regulirung aller Arten nachbarschaftlicher Verhältnisse; fast jeder Ort hat seine, mitunter ganz wunderlichen Gewohnheiten über die Schiedwände, Zäune oder Hecken zwischen mehreren Grundbesitzungen, über das Recht auf die Früchte des Nachbarbaumes (Ueberhangsrecht oder Ueberfallsrecht oder interdictum de glande legenda), über die Befugniß zur Anwende (beim Pflügen und Eggen) auf dem Nachbargrundstücke, über das Recht zum Uebertrieb über dasselbe, und über gar manches Derartige. Am allerhäufigsten konnte der Verf. jedoch den Einfluß des particulären Gewohnheitsrechtes auf die Rechtsverhältnisse der Bauerngüter oder einzelnen bäuerlichen Grundstücke beobachten. So wird bei dem, in vielen Gegenden Deutschlands ungemein wichtigen (auch oft schädlichen) Gutsübergabsvertrage die Größe und Beschaffenheit der dem Uebergebenden zu gewährenden Leibzucht, oder wenigstens der ihm zu verabreichenden eigentlichen Alimentation, in Ermanglung vertragsmäßiger Festsetzung, durch Ortsgewohnheit, z. B. nach dem Gehalt oder Werth der Grundstücke bestimmt. Ebenso richtet sich die Brache und die Befugniß zur Besömmerung, gegenüber bestehenden Weidegerechtigkeiten, oftmals nach Flurgewohnheiten. Ueberhaupt entscheiden sie über allerlei Rechtsverhältnisse bei diesen Triftservituten, z. B. statt des gemeinrechtlichen Satzes, daß der Triftberechtigte nur so viel Vieh austreiben darf, als er mit selbsterbautem Futter zu überwintern im Stande ist, hat eine Particulargewohnheit die Zahl des auszutreibenden Viehes nach der Ackerzahl des Berechtigten bestimmt. Ebenso hängt das Retractsrecht in seinem Detail äußerst häufig nur von localem Gewohnheitsrechte ab, und es kommen dafür ganz

sonderbare Bestimmungen vor, z. B. daß bei dem Verkaufe von Gärten oder anderen leeren Plätzen im Innern der Stadt, die Stadtkämmerei den Retract (oder nur ein Vorkaufsrecht) ausübt; oder daß bei Hausverkäufen alle Gemeindeglieder ex jure incolatus gegen Fremde retrahiren dürfen, wenn das Haus von dem Verkäufer mit Erlaubniß der Gemeinde neuerbaut worden war, sonst aber nicht. Desgleichen ist das locale Gewohnheitsrecht für die Rechtsverhältnisse der Laßgüter, die Befugniß zu ihrer Vererbung, Veräußerung oder Zurückziehung durch den Eigenthümer von Bedeutung. Endlich kömmt es oftmals vor für die Festsetzung der Gemeindelasten und für die Antheile, welche die einzelnen Gemeindeglieder an dem Gemeindevermögen oder den Nutzungen desselben, Gabholz, Allmenden, Lehm- oder Sandgruben und dergleichen haben sollen, sowie überhaupt die Gränzen zwischen den verschiedenen Classen der Bauern (z. B. den Kothsassen, Brinksitzern, Anbauern und Häuslern im Hannoverschen) und deren Berechtigungen und Pflichten sehr oft nur durch Dorfs- oder Districtsgewohnheit bestimmt werden. Der Verf. könnte noch weit mehr Beispiele dieser Art anführen, welche ihm vorgekommen sind, wenn er nicht zu ermüden fürchtete. Das aber wird mit Evidenz daraus hervorgehen, wie unentbehrlich einerseits, und wie wichtig und einflußreich andererseits das particuläre Gewohnheitsrecht für den modernen Staat ist,[114]) und wie es unabweisliche Pflicht für die Staatsregierung ist, dasselbe anzuerkennen, zu befördern und zu schützen, nicht aber in seinen organischen Entwicklungsgang durch unzeitige Verordnungen einzugreifen und dadurch die sich von selbst bildende Befriedigung des particulären Rechtsbedürfnisses zu vernichten, — womit jedoch natürlich nicht gesagt sein soll, daß die Staatsregierung schädlichen, mißbräuchlichen Particulargewohnheiten nicht entgegentreten sollte, was schon darum geschehen muß, weil dieselben jedesmal einer allgemeinen Rechtsvorschrift zuwiderlaufen.

---

114) Sintenis gemein. Civilrecht Bd. I. S. 34. 35.

Zu bedauern und zu rügen ist schließlich, daß die neueren Gesetzgebungen das particuläre Gewohnheitsrecht und das Gewohnheitsrecht überhaupt entweder ganz und gar beseitigt haben, wie namentlich im Preußischen Rechte[115]) geschehen, woselbst eigentlich die Rechtsgewohnheiten ganz aufgehoben, oder doch nur insoweit für rechtsgültig erklärt worden sind, als sie den Provincial-Landrechten einverleibt worden, was ausdrücklich auf Provincial- und Ortsgewohnheiten bezogen wird. Oder man schaffte zwar das Gewohnheitsrecht von nun an ab, erklärte aber, daß es in den im Gesetzbuch ausdrücklich angeführten Fällen Entscheidungsquelle sein solle, was sich dann stets auf das daselbst bestätigte particuläre Gewohnheitsrecht beschränkte. So spricht das Oesterreichische Recht[116]) erst dieses Princip aus, giebt aber dann nur wenige Fälle an, in welchen die Ortsgewohnheit zur Norm dienen soll, namentlich für die Art und Weise der Bekanntmachung eines Fundes und für den Anfang der Triftzeit. Viel weiter geht das, übrigens dasselbe Princip aufstellende Französische Recht,[117]) denn es bestätigt speciell die vorhandenen (oder sich noch bildenden Localgewohnheiten)[118]) hinsichtlich des Nießbrauchs an Waldungen, für die Höhe der Schiedwände zwischen Nachbargrundstücken, für die nothwendige Entfernung von Bäumen, Düngerstätten, Brunnen, Ställen u. s. w. von der Gränze des Nachbars, für die Auslegung der Verträge hinsichtlich ihrer Wirkungen, für die Fristen zur Anstellung der redhibitorischen Klage und zur Auf-

115) Allgem. Landrecht, Einleit. §. 3. 60. Publicat. Patent vom 5. Febr. 1794. §. VII. Koch Lehrb. des Preuß. Privatrechts Bd. I. §. 29. S. 106 ff. vergl. mit S. 2. 3.

116) Allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer §. 10. 389, 391, 501.

117) Der Code civil enthält nur stillschweigend, durch Nichtanerkennung, die Abschaffung des Gewohnheitsrechts; Zachariä, Handbuch des französ. Civilrechts, Bd. I. §. 23. Thibaut, Lehrbuch d. französ. Civilrechts, herausgeg. von dem Verf. §. 11. S. 23.

118) Code civil, Art. 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1139, 1155, 1648, 1736, 1758, 1759, 1762 und 1754.

kündigung der nicht schriftlich abgeschlossenen Verträge, für die Dauer der stillschweigenden Relocation und für die Pflicht des Vermiethers zur Vornahme von Reparaturen an der vermietheten Sache,[118]) — man sieht ohne Fingerzeig, wie vielfach sich das Gesetzbuch, gleichsam nothgedrungen, an das römische Recht in dieser Lehre anlehnte. Das Badische Recht hat dies Alles ebenfalls, aber außerdem noch den sehr wichtigen allgemeinen, obgleich etwas unklaren Grundsatz,[119]) daß das „Herkommen zwar weder Rechte schaffen noch ab„schaffen könne, wohl aber für alle Fälle, wo die Art und „Weise in dem Umfang und Gebrauch eines Rechts in Frage „steht, über welche Gesetze oder Verträge nicht Maaß geben, „den muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder der Ver„tragspersonen ausdrückt", wodurch gerade dem particulären Gewohnheitsrechte ein vorzüglich weiter Spielraum bleiben muß. Uebrigens muß man zur Entschuldigung aller dieser Legislationen bedenken, daß sie sämmtlich der Zeit angehören, wo das „Gesetz" für das alleinige Recht galt — heut zu Tage ist es wohl nicht mehr nöthig, gegen diese Ansicht zu polemisiren. Hoffen wir daher, daß bei den uns vielleicht in nicht entfernter Zukunft bevorstehenden, zum Theil bereits im Entwurf vorbereiteten Codificationen des Privatrechts, die particuläre Rechtsgewohnheit, diese unscheinbare und doch so bedeutende und heilsame Beförderin des Privatwohls, gebührend anerkannt und gehegt werde, und eine solche Stellung erhalte, daß sie sich zum Heile des Staates und seiner einzelnen Theile ungestört entwickeln könne.

---

119) Badisches Landrecht, Einleit. Zusatz 6. d.